



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Mottaker
Industriell Måleteknikk
Postboks 158
1471 LØRENSKOG
Norge

Deres ref.:

Vår ref.: 2023/0034-16

Saksbehandler: Jannike Fredin

Dato: 29.03.2023

Avgjørelse - klage over avvisningsvedtak

Sakens bakgrunn

Industriell Måleteknikk AS (heretter *klager*) innga 31. januar 2023 klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser på Statens vegvesen (heretter *innklagede*) vedr. anskaffelse av svevestøvmåler til måling av luftkvalitet.

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse 18. november 2022 om anskaffelsen, men klager deltok ikke i konkurransen fordi selskapet ikke tilfredsstilte punkt 2.2.1 i kravspesifikasjonen der det bl.a. fremgikk et krav til måleinstrumentet om at «*Hovedservice skal utføres der måleren er plassert.*» Innklagede mottok ett tilbud.

Klager mener innklagede ved å stille et slikt krav, har brutt anskaffelsesforskriften § 8-5 tredje ledd og kravene til konkurranse, likebehandling og forholdsmessighet i anskaffelsesloven § 4.

Klagenemndsekretariatet avviste klagen 14. mars 2023 med den begrunnelse at klagen var uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda siden klagen, etter sekretariatets oppfatning, klart ikke kunne føre frem, jf. § 9 i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (heretter *klagenemndsforskriften*).

Klager har i rett tid inngitt klage over sekretariatets avvisningsvedtak.

Klagen over avvisningsvedtaket

I klagen er det vist til at Norge gjennom EØS-avtalen er forpliktet til å måle luftforurensninger, og at det i praksis må brukes godkjente instrumenter. Ved å stille tilleggskrav om at årlig service skal utføres på stedet, er det bare to typer måleinstrumenter som kan anvendes, og rent faktisk er de to instrumentene samme instrument. Det er vanskelig å se at ikke kravet i anskaffelsesforskriften § 8-5 tredje ledd om at man ikke kan sette kravspesifikasjoner som viser til bestemte fabrikater, typer eller en bestemt opprinnelse eller produksjon, er brutt. I EU-direktivet stilles det krav til minimum oppetid for slike instrumenter, men kravet om årlig service på stedet er ikke ensbetydende med lang oppetid.

Postadresse:
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00

post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

Praksis viser at måleinstrument hvor årlig service er blitt gjort på stedet, kan ha lavere oppetid enn instrument som har årlig service annet sted. Ved å sette krav om årlig service på plasseringsstedet, vil konkurransen bli mindre enn vanlig, og det vil kunne føre til at innklagede må betale overpris.

Nemndsleders syn på saken

Avvisningsvedtaket er påklaget i rett tid i samsvar med klagenemndforskriften § 9 første ledd.

Nemndsleder har gått gjennom sakens dokumenter og vurdert klagers anførsler i klagen, men er kommet til samme resultat som sekretariatet om at klagen klart ikke kan føre frem.

Nemndsleder mener den saksfremstilling sekretariatet har gitt i vedtaket, er relevant og riktig og tiltrer den begrunnelsen som er gitt for avvisningsvedtaket.

Anskaffelsesforskriften § 8-5 tredje ledd setter i utgangspunktet forbud mot krav som viser til *«bestemte fabrikater, prosesser, varemerker, patenter eller typer, eller en bestemt opprinnelse eller produksjon som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes.»* Det er imidlertid i samme bestemmelse gjort unntak bl.a. der det *«er nødvendig ut fra anskaffelsens formål»*.

Det er på det rene at kravspesifikasjonen ikke inneholdt noen uttrykkelig krav til fabrikat, type eller lignende, men i kravet om årlig service på stedet er det ut fra det som er opplyst om eksisterende marked for slike instrumenter, mye som tyder på at *«visse leverandører eller produkter»* ble favorisert og andre utelukket. Det er av samme grunn også sannsynlig at den aktuelle kravspesifikasjonen var egnet til å begrense konkurransen, jf. anskaffelsesloven § 4.

Det er likevel adgang til å fastsette kravspesifikasjoner som kan ha virkning som nevnt i avsnittet over, dersom kravet er saklig og objektivt begrunnet. I denne saken er kravet om at hovedservice skal foregå der instrumentet er plassert, satt ut fra et ønske om minst mulig nedetid fordi det har betydning for kvaliteten på målingene.

Nemndsleder mener kravet om hovedservice på plasseringsstedet er saklig og objektivt og viser til den faglige begrunnelsen som er gitt for kravet. Det er heller ikke bestridt at kravet, isolert vurdert, har betydning for nedetiden. Det at også andre forhold kan påvirke den samlede nedetiden for måleinstrumentene, og i praksis føre til at instrumenter som har årlig service *«på stedet»*, kan ha samlet lenger nedetid enn andre instrumenter, innebærer likevel ikke at kravet ikke er saklig og objektivt.

I tilknytning til vurderingen av om kravet er saklig og objektivt bemerkes særskilt at oppdragsgiver i forhold til dette har et betydelig innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig.

Det vises ellers til at også andre oppdragsgivere skal ha satt tilsvarende krav både som kvalifikasjonskrav og som et relevant moment under evalueringen av tildelingskriteriene. Det fremgår også av saksdokumentene at oppdragsgiver ønsker at flere leverandører skal kunne levere måleinstrumenter som har denne egenskapen.

Kravet er etter dette verken i strid med anskaffelsesforskriften § 8-5 eller de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene i anskaffelsesloven § 4.

Klagen over avvisningsvedtaket tas etter dette ikke til følge, jf. klagenemndforskriften § 9 første ledd.

Konklusjon:

Sekretariatets avvisningsbeslutning blir å opprettholde.

Denne avgjørelse sendes klager via e-post. Kopi sendes innklagede til orientering.

Sverre Nyhus
Klagenemndas leder

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker
Industriell Måleteknikk

Postadresse
Postboks 158

Poststed
1471 LØRENSKOG
Norge

Kontakt/e-post
im@im.no

Kopi til:

Statens vegvesen

Postboks 1010 Nordre
Ål

2605
LILLEHAMMER
Norge

Vegard Frøysaa Bjerk
Vegard.froysaa.bjerk@v
egvesen.no



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Adresseinformasjon fylles inn ved ekspedering. Se mottakerliste nedenfor.

Deres ref.:

Vår ref.: 2023/0034-8

Saksbehandler: Jannike Fredin

Dato: 14.03.2023

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 31. januar 2023 på offentlig anskaffelse av svevestøvmåler. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen (heretter *innklagede*) kunngjorde 18. november 2022 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av svevestøvmåler til måling av luftkvalitet. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 1,2 millioner kroner. Tilbudsfrist var 6. desember 2022.
- (2) Kontrakten skulle tildeles leverandøren med lavest pris.
- (3) I kravspesifikasjonen punkt 2.2.1 «*Krav til måleinstrumentet*», var det oppstilt et krav om at «*Instrumentet skal kun kreve en (1 stk) årlig hovedservice som skal kunne utføres av Statens vegvesen selv. Hovedservice skal utføres der måleren er plassert. Det skal ikke være nødvendig å frakte instrumentet bort.*»
- (4) Ved tilbudsfristens utløp forelå det kun ett tilbud. Industriell Måleteknikk AS (heretter *klager*) deltok ikke i konkurransen fordi klager ikke kunne oppfylle kravet om utføring av hovedservice på stedet.
- (5) Klager tok 7. desember 2022 kontakt med innklagede og gjorde gjeldende at det kun var måleren «*Palas Fidas 200*» eller en lisensbygget utgave av denne som oppfylte muligheten for hovedservice på stedet. Klager anførte at innklagede hadde brutt forskriften § 8-5 (3) og de grunnleggende prinsippene i loven § 4 ved å oppstille et slikt krav.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (6) Innklagede besvarte klagers henvendelse ved e-post av 14. desember 2022. Innklagede tok ikke klagen til følge og begrunnet det aktuelle kravet i et ønske om lavest mulig nedetid på instrumentet.
- (7) Innklagede har opplyst at kontrakt med Acoem AB ble inngått 20. januar 2023.
- (8) Partene fortsatte sin korrespondanse frem til klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 31. januar 2023.

Sekretariatets vurdering:

- (9) Klager har ikke deltatt i konkurransen. Klager er imidlertid en potensiell leverandør av svevestøvmålere, og anfører at flere leverandører blir utelukket fra konkurransen som følge av kravet om at hovedservice må gjennomføres på stedet. Klager har følgelig et reelt behov for å få prøvd lovligheten av dette kravet, og har med det saklig interesse, jf. klagenemndsforordningen § 6.
- (10) Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av svevestøvmåler, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 1,2 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til at anskaffelsen følger lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73, er anskaffelsen kunngjort som en åpen tilbudskonkurranse etter forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Kravet om hovedservice på stedet

- (11) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 8-5 (3) og kravene til konkurranse, likebehandling og forholdsmessighet i loven § 4 ved å kreve stedlig hovedservice. Klager mener kravet medfører en uforholdsmessig begrensning av konkurransen.
- (12) Bestemmelsen i forskriften § 8-5 fastsetter hvilke krav som kan stilles til egenskapene til ytelsen som skal anskaffes. I andre ledd følger det at kravene «skal ha tilknytning til leveransen og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi». I dette ligger det blant annet at det ikke skal stilles krav til ytelsen som er strengere enn det som er nødvendig for å oppnå formålet med anskaffelsen. Kravene skal med andre ord ikke medføre unødvendige begrensninger i konkurransen, i strid med formålet om effektive anskaffelser i anskaffelsesloven § 1 og prinsippet om konkurranse i loven § 4. Kravene til ytelsen må dermed ikke utformes på en måte som virker konkurransebegrensende uten at dette kan begrunnes på en saklig og objektiv måte, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2022/138 avsnitt 19.
- (13) Det omstridte kravet gjaldt krav om stedlig hovedservice, og lød som følger:

«Instrumentet skal kun kreve en (1 stk) årlig hovedservice som skal kunne utføres av Statens vegvesen selv. Hovedservice skal utføres der måleren er plassert. Det skal ikke være nødvendig å frakte instrumentet bort.»
- (14) Det var ikke åpnet for alternative løsninger til utføring av stedlig hovedservice, eksempelvis ved at denne kunne utføres hos leverandøren.
- (15) Slik sekretariatet ser det, er det oppstilte kravet egnet til å begrense konkurransen. Krav som utelukker enkelte deltakere fra konkurransen er imidlertid ikke ulovlig diskriminerende hvis innklagede kan vise til et saklig behov for å oppstille et slikt krav.

- (16) Innklagede har forklart at formålet med det oppstilte kravet er å sikre lav nedetid på instrumentet. Lengden på nedetiden har betydning for kvaliteten på målingene og dataene som innhentes. Kort nedetid gir et riktigere bilde av situasjonen på målestedet, sammenlignet med situasjonen ved lang nedetid.
- (17) Klager har på sin side gjort gjeldende at deres produkt er kvalitativt like godt som valgte leverandørs, selv om det ikke oppfyller kravet til stedlig hovedservice. Klager har vist til at det kan leveres et reserveinstrument i perioden hovedservicen pågår, sammen med en rapport som viser nøyaktigheten av målingene før og etter kalibrering. I følge klager vil ikke en slik rapport leveres av leverandører som utfører årlig hovedservice.
- (18) Slik sekretariatet ser det, er det ikke avgjørende at klager mener at deres produkt er av like god eller bedre kvalitet som det tilbudte. Innklagedes innkjøpsfaglige skjønn er vidtrekkende ved den faglige vurderingen av hvilke krav som skal stilles til ytelsen for å oppnå formålet om kvalitativt gode målinger og lav nedetid. Oppdragsgiver står fritt til å definere sitt eget behov, og i dette tilfellet er behovet begrunnet på en saklig og objektiv måte.
- (19) På denne bakgrunn mener sekretariatet at kravet om stedlig hovedservice er saklig begrunnet, og verken i strid med forskriften § 8-5 (3) eller de grunnleggende prinsippene i loven § 4.
- (20) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Line Rakner
seksjonssjef

Jannike Fredin
seniorrådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk

<i>Mottaker</i>	<i>Postadresse</i>	<i>Poststed</i>	<i>Kontakt/e-post</i>
Industriell Måleteknikk as	Postboks 158	1471 LØRENSKOG	im@im.no>
Statens vegvesen	Postboks 1010 Nordre Ål	Norge 2605 LILLEHAMMER Norge	Vegard Frøysaa Bjerk Vegard.froysaa.bjerk@v egvesen.no